

## 判例研究

民法第六三四条にもとづく建替え費用相当額の損害賠償請求と同第六三五条但書との関係

原 田 剛

最高裁平成一四年九月二四日第三小法廷判決（最高裁平成一四年（受）第六〇五号損害賠償請求事件）判例時報一八〇一号七七頁、判例タイムズ一一〇六号八五頁

### 【事実の概要】

X（原告、被上告人）は、Xの親子三世帯が同居することを目的とした居住用建物（本件建物という）の建築のため、Y<sub>0</sub>（設計有限会社、被告）と、設計・監理費用総額三六一万二二一円で建築設計・監理契約を、Y<sub>1</sub>（建設株式会社、被告、上告人）と、報酬総額四三三万二〇〇〇円（含む消費税一二六万七〇〇〇円）でY<sub>0</sub>作成の設計図書にもとづく本件建物の建築請負契約をそれぞれ締結した。なお、本件建物は、木造軸組のステンレス鋼板葺の二階建てで、外壁にはパネルが張られ、屋根は傾斜があるが前面にはバラベツトが設けられる等、不整形で複雑な形のものであった。本件建物は平成八年四月に着工され、Xは同年九月二八日に本件建物に入居した。

さて、Xは、入居以前に多数の不具合を発見し、Y<sub>1</sub>およびY<sub>0</sub>に書面や口頭で五月、六月、七月にかけて計五回にわたり苦情を申し入れていた。しかし、これらの不具合は入居時点でも基本的に改善されていないとして、Y<sub>1</sub>およ

び $Y_5$ に対して善処を求めていた。これに対し、 $Y_5$ は、本件建物はほとんどの箇所が施工不良であり、特に仕口や継手の不良、古材やひび割れ材、穴開き材の使用等は建物の構造耐力に影響を及ぼすものであり、補修するよりも取り壊して再築すべきである、と $Y_1$ に要求した。しかし、 $Y_1$ は、必要な補修はおこなうが構造的には問題がないので建替えはできない、と回答した。

そこで、 $X$ は、 $Y_1$ （瑕疵担保責任、債務不履行責任、不法行為責任にもとづく）、 $Y_1$ の取締役である $Y_2$ 、 $Y_3$ および $Y_4$ （不法行為、商法第二六六条ノ三にもとづく）、ならびに $Y_5$ （債務不履行、不法行為にもとづく）に対し、建替え費用相当額等四七四万七九四四円（もともと原審ではこれから未払い工事代金八二九万二六〇三円と未払い設計・監理費用七二万八〇三三円合計九〇二万六三六円が控除され、残額三八四万七七三〇八円となる）の賠償を求めて訴えを提起した。

これに対し、第一審判決は、本件建物には、基礎および土台、寸法不足の柱、横架材、筋交いの仕口の不良等多数の瑕疵が存在し、このような本件建物の瑕疵は個々の補修では除去されず建て直す必要があると認定し、 $Y_1$ （瑕疵担保責任——修補に代わる損害賠償請求権にもとづく）、 $Y_1$ （不法行為責任にもとづく）および $Y_5$ （債務不履行責任にもとづく）に対し、連帯して建替え費用相当額三三四四万円、慰謝料一〇〇万円、弁護士費用三〇〇万円等総額四二二〇万二五六〇円から未払工事残代金と設計・監理費用を控除した三三二万八一九二四円の賠償を命じた。なお、 $Y_2$ および $Y_3$ の責任は否定した。

そこで、 $Y_1$ および $Y_1$ は敗訴部分の取消しおよび請求の棄却を求めて、 $X$ は賠償額の変更を求めて、おのおの控訴した。これに対し、控訴審も、「基礎の欠陥」、「土台と基礎の間の透き間」、「火打ち土台の欠陥」、「部材の寸足らず、横架材の組み込み込みその他の仕口不良」、「火打ちばり仕口の施工不良」、「筋交いの欠陥」等「重大な欠陥（瑕疵）がある」ことを前提に、「本件建物には、その全体にわたって極めて多数の欠陥箇所がある上、基礎、軸組、小屋

組といった建物の主要な構造部分について、本件建物の安全性及び耐久性に重大な影響を及ぼす欠陥が存在するものと認めざるを得ない。すなわち、基礎の根入れ深さ、コンクリート立ち上がり部分の厚み及びべた基礎の礎板の厚みがいずれも不足している上、べた基礎の鉄筋が容易にさびるおそれがあることから、基礎自体脆弱であることは否めないし、基礎の天端が水平に施工されておらず、基礎と土台の接合や木構造の接合の仕方でも稚拙かつ粗雑極まりない上、不良な材料が多数使用されていることも相まって、建物全体が強度や安定性に著しく欠け、地震や台風などの振動や衝撃を契機として倒壊しかねない危険性を有するものとなっているものと認められる」等としたうえで、「本件建物については、欠陥箇所が建物全体にわたって極めて多く存在し、しかも主要な構造部分に重大な欠陥があるから、個々のつぎはぎ的な補修によつては根本的な欠陥を除去することができず、この欠陥を除去するためには、土台を取り除いて基礎を解体し、木構造についても全体をやりなおす必要があるであつて、結局、技術的、経済的にみても、本件建物を建て替えるほかないといふべきである。」とし、Y<sub>1</sub>（瑕疵担保責任）およびY<sub>1</sub>（不法行為責任）に対し建て替え費用相当額として三八三〇万二五六〇円を認める一方、Xの居住利益六〇〇万円を控除して損害賠償を命じた。

なお、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>の、「六三五条ただし書きの規定の趣旨に照らし、建て替え費用の賠償は認められないとの主張」に対しては、次のように述べてその主張を退けた。「本件建物は建て替えるほかないものであつて、その意味で客観的な価値を有するものとはいひ難く、これを注文者の費用負担で撤去するのは不合理であるから」、「建て替え費用を損害として認めた上で、これまでの居住によつて受けた利益分を控除するのが当事者間の衡平にかなうものといふべきであ」る、と。

これに対し、Y<sub>1</sub>およびY<sub>2</sub>が上告した。上告申立て理由は、「原判決は、民法六三四条但書及び同法六三五条但書の解釈及び適用を誤っている」、すなわち、「民法六三五条但書により、建物やその他の工作物については、契約の

目的を達成することができない瑕疵があっても請負契約を解除することはできないことを明確に規定している。また、民法第六三四条但書は、修補に過分の費用を要する場合には、瑕疵修補請求をすることができない旨規定しており、これらの規定は強行規定であると解されるところ、建て替え費用等を損害として認めることは、実質的に契約解除以上の効果を認める結果となり、民法六三四条及び同六三五条の各但書の規定に明らかに抵触する結果となる。したがって、瑕疵修補の請求ができない場合の損害賠償の額は、目的物に瑕疵があるためにそのものの客観的価値が減少したことによる損害を基準にすべきである。」等であった。

## 【判旨】

上告棄却。

「一 本件は、建物の建築工事を注文した被上告人が、これを請け負った上告人に対し、建築された建物には重大な瑕疵があつて建て替えるほかならないとして、請負人の瑕疵担保責任等に基づき、損害賠償を請求する事案である。建て替えに要する費用相当額の損害賠償を請求することが、民法六三五条ただし書の規定の趣旨に反して許されないかどうか争われている。

二 原審が適法に確定した事実関係の概要は次のとおりである。

被上告人から注文を受けて上告人が建築した本件建物は、その全体にわたって極めて多数の欠陥箇所がある上、主要な構造部分について本件建物の安全性及び耐久性に重大な影響を及ぼす欠陥が存するものであった。すなわち、基礎自体ぜい弱であり、基礎と土台等の接合の仕方も稚拙かつ粗雑極まりない上、不良な材料が多数使用されていることもあいまって、建物全体の強度や安全性に著しく欠け、地震や台風などの振動や衝撃を契機として倒壊しかねない危険性を有するものとなっている。このため、本件建物については、個々の継ぎはぎ的な補修によつては根本的な欠陥を除去することはできず、これを除去するためには、土台を取り除いて基礎を解体し、木構造につ

いても全体をやり直す必要があるのであって、結局、技術的、経済的にみても、本件建物を建て替えるほかはない。

三 請負契約の目的物が建物その他土地の工作物である場合に、目的物の瑕疵により契約の目的を達成することができないからといって契約の解除を認めるときは、何らかの利用価値があっても請負人は土地からその工作物を除去しなければならず、請負人にとっては過酷で、かつ、社会経済的な損失も大きいことから、民法六三五条は、そのただし書において、建物その他土地の工作物を目的とする請負契約については目的物の瑕疵によって契約を解除することができないとした。しかし、請負人が建築した建物に重大な瑕疵があつて建て替えるほかはない場合に、当該建物を収去することは社会経済的に大きな損失をもたらすものではなく、また、そのような建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであって、請負人にとって過酷であるといえないのであるから、建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めても、同条ただし書の規定の趣旨に反するものとはいえない。したがって、建築請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建て替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができるというべきである。」

### 【評釈】

#### 一 本判決の特徴

本判決の特色と考えられる点の要点をまず簡単に列挙すると、以下のようになる。

#### (1) 民法第六三四条第二項にもとづく建替え費用相当額賠償の肯定

本判決の判旨は、この点を直接明言するものではないが、最高裁レベルにおいてはじめて、民法第六三四条第二項にもとづく損害賠償請求において建替え費用相当額の賠償を肯定した原審の判断を前提として判断した。

## (2) 建替え費用相当額の損害賠償は民法第六三五条但書の趣旨に違反しない

もっとも、民法第六三五条は、その本文において、契約目的を達成し得ない程度の瑕疵が存在する場合における注文者の解除権を規定し、その但書において、かかる場合における解除を否定している。本件では、上告人（請負人）の上告申立て理由および判旨の争点を明示している部分(1)から明らかなごとく、請負契約の目的物である建物に、建て替えるしか瑕疵除去の方法がないような場合に、建替え費用相当額の損害賠償請求を民法第六三四条第二項にもとづいて肯定することが民法第六三五条但書の趣旨に違反しないか、が正面から争われた。本判決はこれに對して違反しないと判断したものである。

## (3) 民法第六三五条但書の趣旨の明確化およびその趣旨に違反しないことの論拠

本判決は、(2)の点を結論づけるにあたり、改めて民法第六三五条但書の趣旨を、何らかの利用価値の存在を前提とした、請負人の過酷性および社会経済的損失の大なることから基礎づけると同時に、請負人の過酷性については、「履行責任に応じた損害賠償を負担させるもの」であることを根拠とし、社会経済的損失については、「建替えるほかない場合」は、少なくとも何らの利用価値のないものであるゆえに、「当該建物を除去すること」は社会経済的損失が大でないことを指摘することにより、上記(2)の結論を導いている。その意味で、ここでは、最高裁が初めて、民法第六三五条但書の趣旨を明確化し、かつ、本件の場合がその趣旨に違反しないことを具体的に基礎づけたと言い得る。

## (4) 瑕疵除去の一方法としてのやり直し

本判決は、上記のような結論を導く前提として、「原審が適法に確定した事実関係の概要」を述べるなかで、「本件建物については、個々の継ぎはぎ的な補修によつては根本的な欠陥を除去することはできず、これを除去するためには、土台を取り除いて基礎を解体し、木構造についても全体をやり直す必要があるのであつて、結局、技術的、

経済的にみても、本件建物を建て替えるほかはない。」ことを指摘している。これは、最高裁も、(5)で述べるように、仕事の瑕疵を除去する方法に、建替え(やり直し)が含まれ得ることを肯定する立場を前提とするものである。その意味で、本判決は、瑕疵修補(瑕疵除去)の方法として建替えの場合も有り得ることを明確にしていると言い得る。

(5) 履行責任としての性格を有する建替え(やり直し)

本判決は、(3)で言及したように、民法第六三五条但書を正当化する二つの趣旨のうち、請負人の過酷性を否定する論拠として、建替え費用相当額を請負人に負担させることは、「履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるもの」である点を挙げている。他方、前述のように、瑕疵除去の方法には、建替えも含まれる。これらのことから、瑕疵除去としての建替え費用相当額の損害賠償責任、その損害賠償責任は履行責任に依拠している、という論理を読み取り得る。このような論理からさらに、建替えも履行責任に属することを論理的前提としていると言い得る。

(6) 以上のように、本判決は、従来から問題となっていた建替え費用相当額の損害賠償を、請負人の瑕疵担保責任規定(民法第六三四条第二項)によって肯定するとともに、その際に抵触が問題視されていた解除制限規定(同第六三五条但書)とも抵触しない旨を明確化した点で、重要な意義を有するものである。しかも、そこで援用されている解釈論上の基礎づけが、きわめて明快な論理構造のもとに展開されている点に特色がある。

それゆえ、以下において、改めてこの点を確認しつつ、請負人の瑕疵担保責任についての最高裁の論理構造を抽出するとともに、そこから設定され得る新たな課題について検討を加えることとする。その際、特に法的構成ないしその基礎づけを重視して検討をおこなうことをあらかじめお断りしておく。

二 従来の議論——建替え費用相当額賠償可能性の模索

(1) 建物に重大な瑕疵が存在し、通常の「修補」ではもはや瑕疵の除去が可能でなく、建替え（やり直し）をもつてのみそれが可能であるような場合において、かかる瑕疵の付着した建物の所有者である注文者は、請負人に対し民法第六三四条第二項にもとづいて建替費用相当額の賠償を請求し得るか、がこれまで重要な争点となってきたことは周知のところである。

もつとも、かかる法的構成による効果の主張にとつては、従来の通説が、同条項における損害賠償の範囲につき、いわゆる履行利益をも含むことを肯定しつつも、<sup>(3)</sup>以下のような解釈論的帰結を承認していたことが、上に言う履行利益に建替費用相当額を含めることの桎梏となってきた。すなわち、①瑕疵を除去するために建替えを必要とするような場合を修補不能と捉え、民法第六三四条第二項にいう損害賠償の範囲を確定する立場として差額説を採用し、建替え費用相当額を損害賠償の範囲外とする、<sup>(4)</sup>②民法第六三四条第二項にいう損害賠償は「修補費用」を含むものであるが、そこにいう「修補」概念には「建替え」は含まれない、<sup>(5)</sup>③建替え費用を認めると、実質的には請負契約の解除を認めたことと等しくなり、それは、仕事が土地の工作物である場合に解除を認めない民法六三五条但書の規定に反する、<sup>(6)</sup>というのがそれらである。

## (2) 三つの方向性

かかる解釈論上の問題点に関し、学説や実務（下級審の裁判例）においては、おのおのにつき、およそ以下のようなアプローチによりその克服が模索されてきた。<sup>(7)</sup>それらは、①この問題を主として民法第六三四条第二項にいう損害賠償の範囲の拡大を模索するなかで基礎づけるもの、②民法第六三五条但書の適用回避ないし限定において基礎づけるもの、③修補不能論を打破すべく第一次的救済としての性格を有しつつも損害賠償と連動している「修補」概念の体系的意義および規範的内容の再検討により基礎づけるものに、大別し得る。そこで以下では、まず、これらにつき代表的見解の概略を示しておくこととする。



(1) 損害賠償法の範囲での模索

(a) 明確な理由づけはないものの、建替え費用相当額が民法第六三四条第二項の損害賠償の範囲に入り得ることを指摘した嚆矢は、次のような見解であった。<sup>(8)</sup>「欠かんが修繕不能でも、工事をした意味がなくなるほどでなければ、欠かん部分についての損害賠償（報酬の減額）しかとれない。それでは、修繕不能のうえ、工事をした意味もなくならばあいはいかどうか。ふつうの請負なら解除して、白紙にもどせるのだが、（民法第六三五条本文）、不動産（建物、土地の工作物）にかんする請負では、解除がゆるされないことになっている（同条但書）。解除して白紙に戻すと、請負人の損失が大きいから、という理由らしい。しかし、予想外の建物をつくられてしまった依頼主の例を考えると、けっきょくとりこわして建てなおすしかないのだから、とりこわし費用、再築完成までの住居や営業に ついての余分の経費、その他すべての損失を請負人に賠償させるしかないわけだ（民法第六三四条第二項）。」

(b) 続いて次のような見解が主張された。「請負は仕事の完成がその契約内容であるから（第六三二条）、瑕疵のない物を給付することを請求することができるのは当然である」。「建て替える必要がある建物の場合には、この建物を建物として売れるわけではないから交換価値はゼロであるうえに」「建物があるために土地の価値が下がるので、その土地の価値を回復するためにその建物を解体する費用までかかり、損害は交換価値の差額だけにとどまらない」ことから、「むしろ、解体費用は、不用品な建物が存在するために通常生ずる損害である（第四一六条第一項）」。「建て替える以外に修補方法がなければ、建て替え費用が損害賠償の対象となるはずである」それゆえ、瑕疵があつて建て替えざるをえない建物については、瑕疵ある建物の価値と瑕疵なき建物の価値の差額ではなく、瑕疵ある建物の解体費用および瑕疵なき建物を再建築するための費用（再建築するためには解体がもちろん必要である）が損害であり、建替え費用損害となる<sup>(9)</sup>という。ここでは、契約内容（債務内容）と連動させつつ、民法第六三四条第二項にも同第四一六条第一項の通常損害の観念を取り入れた基礎づけがなされている。

(c) 最後に、建替え費用相当額賠償の肯定を合理的に説明できる場合には民法第六三五条但書を無に帰せしめることになってもよいとの見地から、無過失でも認められる損害賠償の範囲に建替え費用相当額を含める見解がある。<sup>(10)</sup> この見解は、損害賠償を大きく代金減額の損害賠償と目的物の価値自体の填補のための損害賠償に分け、等価交換維持の観点から、差額説的な考え方を基本としつつも、「仕事引渡後も本来的給付請求権の一発現形態としての修補請求権が原則的に認められている結果、修補を通して履行が完全になされた状態を作出することができ」という請負の瑕疵担保責任の特質から、「賠償されるべき損害として、修補費用をもって是とすべきか、それとも目的物の交換価値の差額をもって是とすべきかという観点から」、「修補が可能な場合には、修補費用の賠償によつて填補目的が達成されるから、これを是とすべきである」とする。そして、「修補が不能と見られる場合には、建て替え費用相当額を賠償請求しうるか」については、「建物としての現有価値がないと評価される場合には、瑕疵がなかったとしたら有したであろう交換価値が賠償されるべき損害となるところ、それを実現するための建て替え費用相当額を損害として認めることは、建築費用を考慮に入れて交換価値が確定されることからして、是認される」と言うのである。<sup>(11)</sup>

## (2) 民法第六三五条但書の適用の回避とその限定

### (a) 民法第六三五条但書の適用の回避——仕事完成前の不完全履行構成

この方向は、まず民法第六三五条但書の適用を排除(ないし回避)する解釈論の提示である。すなわち、この解釈論は、民法第六三五条但書の有効性を一応は承認しつつも、当該事態がこの規定の適用される場面ではないと構成するものである。具体的には、請負人の担保責任以前の段階において問題を処理しようとする構成である。すなわち、まず、仕事に瑕疵が存在する場合における請負人の責任のあり方につき、「仕事の完成」をもって不完全履行責任、仕事に重大な瑕疵が存在する場合には、未だ仕事は「未完成」であると評価する。これを前提とし、かか

る事態を、もっぱら債権総論の不完全履行プロパーの問題として位置づけることにより、請負契約の解除を肯定しようとするものである（民法第四一五条、同第五四一条）<sup>(12)</sup>。

(b) 民法第六三五条但書の適用除外ないし限定<sup>(13)</sup>

① この見解の嚆矢は、次のような内容であった。<sup>(13)</sup>「学説は一般に完成した建物について解除を認めては、請負人の損失が過大であるのみならず、その原状回復は社会経済的にも損失が大きいゆえに、解除を認めず、したがって民法第六三五条但書は強行規定であるとする。これはそれなりに首肯できる理由ではあるが、最近の住宅産業の急成長とともに頻発している請負人による手抜き工事の中には、『すっかり建て直す以外に手はない』事例が発生している。かような場合を単に不幸な偶発例であるとして片づけるのは、むしろ実情に添わないのではあるまいか。したがって第六三五条但書を強行規定ではないと解した上で、当事者間にたとえ『解除』を排除する特約がある場合にも——それが裁判上争われるときに——その特約が絶対的な効力を生ずるものではなく、『裁判官による契約内容の改訂』として、合理的な判断にもとづき『すっかり建て直す以外に手がない』ような場合には、解除を認めるべきである。」と。

② 次は、起草（立法）趣旨および無価値な建物の撤去費用の公平な損失分担の見地から、民法第六三五条但書の適用を除外する見解である。<sup>(14)</sup>

すなわち、民法第六三五条但書において民法起草者たちが想定していたのは、経済的に価値のあるものではない、ただ維持するべきであつて、破壊すべきではない、という考慮である。そうであれば、かかる場合に限定して同条但書を適用すべきである。したがって、瑕疵のために目的物が全く役に立たない場合は起草者が想定していなかったものであり、その適用外である、と。

また、全く「無価値な建物」は撤去の必要性があるところ、その際の撤去費用を誰が負担するかの問題が生じる。

ところで、かかる無価値の建物を製作した請負人には故意または過失がある場合が多い。にもかかわらず「注文者が無価値な建物の撤去費用を負担するというのは、公平な損失分担とはいえない」。そこで、「この場合、一方で解除は否定しつつ、他方で損害賠償の形で無価値な建物撤去費用を注文者が請負人に請求できるとするならば、これは実質的には解除を認めたことにな」る。そうであれば、「瑕疵のために建物が無価値の場合には、建築請負契約の解除を認めるべきである」、と考えるのである。

③ さらに、本判決が問題とするような類型を「住宅建築」と想定し、これに対し民法第六三四条を根拠に解決することに疑問を呈するとともに、かかる場合を民法第六三五条本文で処理することにより妥当な解決を図るべきであるとの観点から、民法第六三五条但書の強行規定性を否定し、「利用価値を喪失する瑕疵がある場合には解除を認め」るべきである、とする見解がある。<sup>(15)</sup>

この見解がまず問題としたのは、次の点である。すなわち、起草者は、明らかに、民法第六三五条但書を強行規定とは考えていなかった。にもかかわらず、鳩山Ⅱ我妻説によって形成され、その後の学説の展開によって強行規定性が通説化した社会的背景（強行規定性の実質的根拠）は何か、ということであつた。その上で、通説の認識を三点にわたって指摘する。第一に、当時における「国家経済に占める建設の重要性、建設工事の大規模化の進展の認識」、第二に、「建設の現実において利用価値がなく目的を達成できないほどの瑕疵が生ずることはない」、「とくに、大規模工事では、設計・監理と施工が分離し、建設過程で注文者側の監理機能が働くため決定的な瑕疵は生じえない」、「そうであれば、完成したものはできるだけ維持することが双務・有償契約である請負契約の趣旨に合致し公益にもかなう」との認識、最後に、他方において、「受注・単品生産である建設請負の目的物は、注文者の目的による拘束をうけている生産物であり、これを任意規定とすると発注者が特約によってこれを排除できることになり、請負人に不利益を及ぼす」との認識が、それらである。

しかし、このような認識は、注文者が非専門家である住宅建設分野には妥当しない。「なぜなら、ここでは一般に設計施工一貫方式がとられ、工事過程におけるチェック・アンド・バランスが保証されず、また、工事の専門化、技術化の進展、建築材料の複雑化にともない、非専門家である注文者にチェック機能をもたせるのは現実的に困難となっているからである。」

そうすると、問題の核心は、「六三五条但書が確保しようとする社会的利益（Ⅱ請負人の過大な損失の回復）と注文者の利益（利用価値、安全性）の比較衡量ということになる」。この場合、「社会的利益を強調することにより、他に転嫁すべき手段をもたない注文者に、合理的範囲を超えた受忍を求めるのは公平ではない」。すなわち、「利用価値を喪失するほどの瑕疵（修補不能ないしそれと同視できる場合）があれば請負代金と目的物の間に対価Ⅱ等価関係が完全に損なわれているわけであるから、この回復が修補請求に止まるのは妥当ではない。」

以上から、「六三五条但書は強行法ではないと解し、利用価値を喪失する瑕疵がある場合には解除を認め、同条に違反する特約があるときでも、このような瑕疵ある場合にまで契約を強行するのは、明らかに公序に反するからこれを否定すべきである」と結論づける。

### （3）履行（修補）義務論からのアプローチ

この見解は、まず、民法第六三四条の瑕疵修補規定の体系的意義とそこにおける「修補」概念の規範的意味の再検討をおこない、瑕疵修補請求権規定が請求権体系を明確化する点にその存在意義を見出し、それゆえにこの規定の存在によって本来の履行請求権の内容が限定されることはない点を指摘する。そして、瑕疵修補請求権を、注文者の「仕事の完成」という本来の履行請求権そのものを貫徹する手段的なものであるとの認識を前提とする。そのうえで、重大な瑕疵が存在しているような場合において一定の要件を充足するときは、「やり直し（新規製作）」のような根本的な対処の場合もまた、「修補」概念に包摂され得、その場合の建替費用相当額を「修補」費用と把握

することにより、民法第六三四条第二項にいう「修補ニ代へ」てなす損害賠償請求として、修補費用賠償を基礎づける。<sup>(16)</sup>

#### (4) 不法行為構成の登場

以上のような、学説の対応やこれを受容する一部の下級審判決の動向と並行し、下級審裁判所においては、かかる事態に対して、不法行為責任を肯定することにより、注文者に対して建替費用相当額の賠償を肯定するという方向も模索されていた。<sup>(17)</sup>

### 三 小括——法的構成における基礎づけについての整理

以上のような諸構成の整理を前提とし、ここではそれらのうち本判決と密接に関連する、民法第六三四条第二項の損害賠償の範囲に建替え費用相当額が入るかについての論拠と民法第六三五条但書の適用除外についての論拠について、改めて整理しておく。

#### (1) 民法第六三四条第二項の損害賠償に建替え費用相当額が含まれ得ることの基礎づけ

ここでの問題点とその課題は、次のように整理される。

仕事の客観的価値と報酬代金との差額（代金減額）ないし、注文者が修補に要した費用の賠償を前提とする場合において、修補可能なときは修補費用が損害賠償となるのに、修補不能との位置づけのもとに建替えを必要とするときははそうではない。より具体的には、後者の場合は完全な物の価値（交換価値）と瑕疵ある物の価値との差額となり、その目的物を完全な物として使用収益し得ないことによる損害ではない。この点を民法第六三四条第二項レベルでどのように克服するのか。

この点で最も注目されるのが、すでに紹介した中にある次の見解である。それによれば、「双務有償契約におけ

る等価値交換義務については、過失責任を問題とすべきではあるまい」との命題を前提としつつも、<sup>(18)</sup>「請負人の瑕疵担保責任にあつては、引渡後も本来的給付請求権の一発現形態としての修補請求権が原則的に認められている結果、修補を通して履行が完全になされた状態を作出することができるため、その命題を補充する必要がある」、との立場から、<sup>(19)</sup>最終的には、修補不能と位置づけられる建替え費用相当額賠償を、「建築費用を考慮に入れて交換価値が確定されること」を根拠として克服する。<sup>(20)</sup>ここでは、本来的給付請求権の一発現形態としての修補請求権を強調するとともに、修補可能な場合と修補不能の場合とに分ける従来の見解に沿いつつも、修補可能な場合は修補費用、修補不能の場合は建築費用を考慮に入れた交換価値の確定という、いわば二元的構成がとられている点に特徴がある。

さて、差額説的な発想から離れ、一方においては修補に代わる損害賠償の内実を修補費用と把握するとともに、他方において本来的履行請求権の一発現形態である「修補」には、一定の要件を充足すれば建替え（やり直し）も含まれるとすれば、このような要件を充足する場合は、ともに「修補」費用賠償として肯定しうる、との見解が、履行（修補）義務論からのアプローチであった。

(2) 民法第六三五条但書の適用の制限論

① 民法第六三五条但書規定回避論はいかなるものであるのか。

いずれの見解も、同条但書を強行規定ではないと解釈することにより、解除の可能性を肯定する。問題は、いかなる場合に解除を認めるかである。前記諸見解は、その瑕疵除去のために「すっかり建て直す以外にない」場合、「瑕疵のために建物が無価値な場合」、「利用価値を喪失する瑕疵がある場合」を解除可能性のメルクマールとしていた。

② それでは、その論拠はいかなるものであつたのか。

大きく二つに大別される。一つは立法者意思(起草者意思)であり、いま一つは建設分野における住宅建築分野の特殊性の考慮であった。

前者は、瑕疵ある工作物であっても経済的価値があるから、これはできるだけ維持すべきであるというものである。そこから、無価値なものは維持する必要はないという帰結が生じ得る。後者は、建設工事においては全く利用価値のない程度の瑕疵が発生することはないとして民法第六三五条但書を正当化する通説の想定は、住宅建設分野では妥当しない(ひいては欠陥住宅の発生)というものである。ここから、不利益を他に転嫁できない注文者に契約を強制するのは、却って公序に反するという帰結が生じ得る。

これらの論拠において共通しているのは、仮に工作物(建設物)に瑕疵が存在していたとしても、なお利用価値(経済的価値)がある限り存続させておくのが有益である、との想定である。民法第六三五条但書を支える立法事実をまさにこの点にみていたと言い得る。殊に住宅建築分野ではこの想定が成立しない実態とメカニズムが存在している点が問題となったのである。

#### 四 本判決の論理とこれまでの法状況

さて、以上のような法状況を前提とし、冒頭に挙げた本判決の判旨の意義と論理を改めて命題化し、その具体的内容の確定を試みることにする。

##### (1) 「履行責任に応じた損害賠償」と「修補二代へ」との関係

(1) 本判決の意義において示唆したごとく、本判決の判旨の論理構造を理解するポイントは、民法第六三五条但書の趣旨(のうちの請負人の過酷性)に違反しないとして援用されている「契約の履行責任に応じた損害賠償の負担」という命題である。かかる命題はいかなる論理を前提にしているのか。これがここでの検討課題である。



ここでの「損害賠償の負担」とは「建替え費用相当額の負担」である。それでは、それが「契約の履行責任に応じた」とは、いったい何を意味するのか。

(2) 民法第六三四条第二項の「瑕疵ノ修補ニ代ヘ」の文言の解釈については、①修補不能の場合、②瑕疵が重要ではなくその修補に過分の費用を要する場合のみならず、③瑕疵修補が可能な場合でも修補を請求しないで直ちに修補に代わる損害の賠償を請求することを認めるのが通説である。<sup>(21)</sup>問題は、損害賠償の範囲が履行利益の全体に及ぶことを前提に、それぞれの場合に損害賠償の算定をどのようにおこなうかである。

この点については、すでに検討した学説以外に、従来の通説は特別の議論をしていなかった。もともと、起草委員の梅謙次郎は、すでに、修補が可能である場合に修補を請求しないで損害賠償を請求するという場合について、(交換価値) 差額説を念頭において損害額が算定される、と考えていた。彼は、節のある天井板を節のない天井板に張り替える例を挙げてこの場合を説明しつつ、「注文者ニシテ張替ヲ要求セス単ニ之ニ因リテ生スル損害即チ節ナキ板ヲ以テシタル天井ノ価ト節アル板ヲ以テシタルモノトノ差額ヲ請求スルトキハ請負人ハ其支払ヲ拒ムコトヲ得ス」と述べている。<sup>(22)</sup>にもかかわらず、これまでの判例は、かかる場合においては、修補に要する費用をもって損害賠償額としているとの前提に立っている、と考えられる。<sup>(23)</sup>

(3) 修補費用を中心とした損害賠償額算定——伏線としての判例

それでは、判例は、いかなる理由にもとづいてこのように考えるのか。

この点については、すでに示唆したごとく、最高裁の判例自身がこの問題を正面から扱ったことがないこともあつてか、修補可能な場合におこなわれる、修補に代わる損害賠償の額が、何故に修補費用を中心に算定されるのかについては、判例自身によつては直接には明らかにされていない。もともと、先の注に挙げた判例のうち、最判昭和五十一年三月四日民集三〇巻二号四八頁が、その理由中で、「請負契約における注文者の請負代金支払義務と請負

人の仕事の目的物引渡義務とは対価的牽連関係に立つものであり、目的物に瑕疵がある場合における注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権は、実質的、経済的には、請負代金を減額し、請負契約の当事者が相互に負う義務につきその間に等価関係をもたらず機能を有するものである」と述べる部分がきわめて示唆深い。ここでは、修補可能な場合の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権が、請負契約当事者相互に「等価関係をもたらず」点が命題の核心となるが、その具体的内容は、この場合にもたらされるとされる「等価関係」が、瑕疵ある仕事と瑕疵なき仕事との間の（交換）価値についてのそれではなく、請負契約当事者が相互に負う「義務」についてのそれである点、および、法的な側面においてではなく、「実質的、経済的」観点から「機能」的側面についてのそれである点、に存すると言い得る。

このような理解が可能であるとすれば、判例は、一方において、少なくとも修補可能な場合の瑕疵修補に代わる損害賠償の算定方法として、いわゆる従来から採られている純粹の差額説に与するものではないこと、他方において、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権は瑕疵修補請求権自体と法的性質を同じくするものであると理解するものでもない、と評価し得る。<sup>(24)</sup>

判例は、これ以上言及するものではない。しかし、特に後者の点を深め豊かにするうえで示唆に富み参考になるものとして想起されるが、先の注において引用した最判平成九年二月一四日民集五一巻二二三三七頁の理解する森田宏樹教授の、有益かつ興味ある学説上の議論の整理である。<sup>(25)</sup>ここでは、民法第六三四条第二項後段が規定する、同時履行の抗弁権の基礎づけに関して提示された諸見解において、瑕疵修補請求権と瑕疵修補に代わる損害賠償請求権との関係をどのように把握するかが問題とされた。瑕疵修補に代わる損害賠償債権は、「瑕疵修補請求権と同一性を保持してこれに代替するものだから、それが有する法的性質は損害賠償債権についても同じように妥当する」<sup>(26)</sup>、「契約内容の金銭による実現という性格をもつ」<sup>(27)</sup>とする理解がその一方である。しかし、これに対して

は、損害賠償債権の目的である金銭の給付は請負人の仕事完成債務という本来の履行とはいえないことから、債務の目的の相違を超えて、その法的性質の同一性が当然に帰結されるわけではない、との批判がなされる。もつとも、金銭の給付の背後に瑕疵なき履行の実現という実質があると捉えれば、金銭給付は、瑕疵修補の実現という用途ないし目的をもその内容に取り込んだ特殊な金銭債権であると捉えて、通常金銭債権とは異なる法的取扱いをすることになろう、という。

#### (4) 可能な判例理解

さて、以上のような議論の成果を踏まえて、本判決が述べる「契約の履行責任に応じた損害賠償の負担」を改めて検討すると、どのような判例の読みが可能となるか。

その手掛かりとなるのは、この命題における「応じた」の意味である。通常「応じる」とは、「外部の変化に合わせてるようにする。つり合うようする。」「適合する。」「ふさわしくする。見合うようにする。」「何かが変わったり変化したりするにつれて、それに見合った現われ方をする。」などと定義されている。かかる定義の助けを借りるならば、その法的性質の同一性を措くとしても、少なくとも、ここでの損害賠償義務が履行責任に見合うもの、釣合うものとして理解されていることは疑いない。より具体的には、建替え費用相当額の損害賠償が履行責任に見合っている（釣合っている）、逆に言えば、瑕疵のない仕事の完成という請負人の履行責任が、損害賠償請求権に変化した、それが、建替え費用相当額として履行責任に見合った現れ方をした、と理解することができる。

このような理解が可能であるならば、次に、建替え費用相当額に見合っている履行責任の具体的内実が何かがさらに明らかにされねばならない。この問題は、本判決が、建替えを必要とするような瑕疵の程度を修補不能と捉えているのか否か、という点とも関連する。

この点について、本判決は、修補不能というような言葉はどこにも用いていない。却って、根本的な欠陥を除去

するためには、技術的、経済的観点からしても、建て替えるほかない、としている。これを「修補」の一方法と捉えるか否かは措くとしても、<sup>(28)</sup>建替えは履行責任と密接に関連していることが理解される。

そうであれば、本判決の事実を前提とする限りで、「履行責任に応じた損害賠償の負担」という命題は「瑕疵除去責任に応じた損害賠償の負担」を経て、さらには、「建替え責任に応じた損害賠償の負担」に連なり、最終的には「建替え責任に応じた建替え費用相当額」へと収斂していくことになる。このような理解は、先に検討した別の判例が言うところの、請負契約当事者相互間において負う「義務の等価」機能とも整合するのではあるまいか。

以上から、本判決が、民法第六三五条但書の趣旨に反するか否かの前提として肯定している建替え費用相当額の賠償は、修補可能な場合に修補に代わる損害賠償の請求をした場合について判断したものである、と理解すること<sup>(29)</sup>も許されると考えるものである。

## (2) 民法第六三五条但書の趣旨との関係

(1) 問題の所在——強行法規性の前提　すでにみてきたように、これまでの学説が問題としてきたのは、本判決が前提とするような重大な瑕疵がある場合には、民法第六三五条での解除を認めるべきだとの認識の下に、同条但書の強行規定性を否定する点にあった。しかし、裁判実務の実際においては解除の可否が正面から問題とされることはなく、<sup>(30)</sup>もっぱら本判決が問題としたように、民法第六三四条第二項により、修補に代わる損害賠償として建替え費用相当額の賠償を求める場合に間接的に民法第六三五条但書違反の問題が提起されていたのである。それは、冒頭で指摘した如く、建替え費用相当額を否定する学説がその論拠として民法第六三五条但書の存在を援用したことに起因するものでもあった。

そこでまず、本判決は、民法第六三五条但書の強行規定性についていかなる立場に立つものであるのか、が問題となる。この点につき、本判決は、本条但書の性質に触れることなく、従来から通説が説いてきた、本条但書の二

つの趣旨を挙げ、この趣旨に反しなしか否かを検討し、その趣旨に違反しないと結論づけている。そこで、問題となるのは、このような解釈方法と法適用を前提として、本判決が本条但書をどのように解しているのかである。しかし、この問題への結論を急ぐ前に、いま一つ検討しておくべき問題がある。

(2) 脱法行為論? との関係

それは、本判決が、前記上告申立て理由に何故に正面から応えたのかとも関連する、ある意味で重要な問題である。確かに、この点については、以前から争点となっていたことに、直接の契機を見出し得る。しかし、本判決における上告申立て理由には、もつと別次元の、より一般化された次のような問いが含意されていたことが重要な要因となっていたのではあるまいか。

その問いとは、本判決における上告申立て理由が、実は脱法行為論を援用しているのではないか、ということである。このような問いかけはまた、本判決が、何故に、民法第六三五条但書に反しなと言わないで、民法第六三五条但書の「趣旨」に反しないとしているかを理解するためにも、有益である。

周知のように、従来、脱法行為とは、強行規定に直接ふれない方法でその禁じていることを免れようとする行為、すなわち、強行規定の禁止する手段によって達成されるのと同じの目的を他の手段をもつて達成しようとする企て、あるいは、形式的には強行規定に正面から抵触しないが、実質的には強行規定による禁止を回避し、その適用を免れる行為、とされてきた。<sup>(32)</sup>そこでは、主として、結論を異にする恩給担保事例と譲渡担保事例とそれに対する判例を念頭において議論がなされてきた。

ここで、本判決の事例を改めてあてはめるとどうなるか。仮に瑕疵が重大であることから建替え費用相当額の賠償が形式的に民法第六三四条第二項で肯定され得るとしても、このことを前提に同条項を根拠としてその賠償を求める行為は、<sup>(34)</sup>実質的には解除を認めることと同じである、それゆえ、強行規定と解されている民法第六三五条但書

に反するのではないか、として定式化される。

さて、かかる脱法行為が問題となる背景としては、社会発展の初期の段階においては考慮する必要のなかった問題が、社会の新たな事情にもとづく経済的必要性を媒介として旧来の強行規定を不便とする場合が多くなる、との認識が存在していた。<sup>(35)</sup> このような認識を踏まえ、かかる脱法行為論における最も重要な解釈論上の問題は、いかなる基準によって脱法行為か否か（脱法行為の範囲）を判断するのか、ということであった。これにつき従来の通説は、おおむね当該強行規定の趣旨（の解釈）により判断される、と考<sup>(36)</sup>えてきた。<sup>(37)</sup> すなわち、「脱法行為が無効とされるのは、法規が禁止している目的が、一定の事実上の効果の発生を全面的に禁じている場合に限られる。だから、法律が一定の法律行為又は一定形式の法律行為のみを禁じているに過ぎない場合には、他の法律行為又は他の形式の法律行為によつて、同一の効果を生ぜしめることは、別に妨げない。」（於保）、とか、強行規定の趣旨が、「広くこれを回避する手段をも禁止するほどの意義をもたない場合には、その行為を脱法行為とすべきではない。」そして、譲渡担保事例につき、「問題は、質権の右の二つの規定（三四五条および三四九条）は、いやしくもこれを回避する結果となる担保方法を全部否認する広い意味をもつべきものかどうかの判断によつて決せられる。そして、現在の取引界の合理的な需要と、これに対する民法の質権制度の不完全なことを考慮すれば、問題の二つの強行規定は、担保の手段として質権を設定する場合にだけ適用され、その他の手段による場合には、適用されないものと解すべきである。」（我妻）とか、強行規定は、「ある社会目的の達成、社会的利益・価値を強く否定する趣旨であつて、しかもそのためのあらゆる手段を否定する強い趣旨のものと、ある社会的目的を達成すること自体を強く否定するのではなく、一定の法律的な手段をとつてそのような目的を達成することのみを否定する趣旨のものとはあ」り、「前者の場合には、脱法行為は一切無効となるが、後者の場合には、別の法律的手段をとるならば、そのような目的を達成するための法律行為は無効とならない。要するに、法律がある目的の達成自体をどの程度強く否

定しようとしているかという、当該規定の解釈問題である。」(星野)とか、あるいは、「一応脱法行為のように見える行為であっても、合理的な社会的必要に基づくもので、法の理想から見てそのような手段による目的の達成を許容していると考えられる場合には、当該行為は無効でない。」(四宮II能見)などと主張されてきた。

(3) 本判決の判旨の処理

それでは本判決の判旨は、民法第六三五条但書との抵触問題をどのように処理したのか。この点を改めてみておくこととする。

この点に関する本判決の判旨の枠組は、まず民法第六三五条但書の立法趣旨を明らかにし、これに事案をあてはめ、同条但書の趣旨に反しないという結論を導いている。

まず、民法第六三五条但書の立法趣旨につき、解除を認めることにより「何らかの利用価値がある工作物の除去を義務づけることは、「請負人にとって過酷で、かつ、社会経済的損失も大きいことから、」解除を制限した、といい、「建物に重大な瑕疵があつて建て替えるほかない場合に、当該建物を収去することは、社会経済的に大きな損失をもたらすものではない」、また、「建物を建て替えてこれに要する費用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を負担させるものであつて、請負人にとって過酷であるともいえない」とし、建替え費用相当額賠償の請求を認めることは民法第六三五条但書の趣旨に反しない、と結論づけている。このような判断は、一言にして言えば、当該事態が、問題となる規定の趣旨に反しないとするもので、脱法行為論における学説の主張していた枠組に沿うものとなっている。

それではその具体的内容はどうか。まず、本判決の判旨が述べる民法第六三五条但書の立法趣旨である。ここでは、一見すると、民法第六三五条但書を強行規定であると解してきた通説の主張を、ほぼそのまま踏襲しているようにもみえる。しかし、重要な点で内容的な展開があることが留意されねばならない。それは、従来の通説が必ず

しも意識化（明示）していず、却って非強行規定性を主張する近時の学説が解明してきた内容、すなわち、民法第六三五条但書は、重大な瑕疵のために「無価値な場合」、「利用価値を喪失する瑕疵がある場合」を排除しているとする主張が採り入れられている点である。「何らかの利用価値のある」工作物を前提としている部分がそれである。本判決の判旨は、このような手法により、基本的には従来の通説の内容に沿いつつ、近時の学説の主張をも部分的に取り込むことを通して本条但書の適用範囲を限定した、との評価が可能である。近時の学説の採用の背景については、軽々に言及すべきではない。しかし、誤解を恐れず敢えて言うならば、脱法行為論で展開されていた、新たな社会経済的必要性に対する強行規定の非適応性という問題意識に対応するのは、民法第六三五条但書適用排除は当初は建設分野が想定されていたものであるが、それが住宅建築分野には妥当しなくなった、それゆえ、これに対応して解釈論のレベルで適切な対応をおこなった、というのが、判旨の積極的位置づけということになる。<sup>(39)</sup>

## 五 本判決の射程

### (1) 民法第六三五条但書の強行規定との関係

① すでに示唆したごとく、本判決は、民法第六三五条但書の強行規定性には直接触れず、その趣旨を限定することにより、民法第六三四条二項による損害賠償の範囲が建替え費用相当額に及び得ることとの抵触を回避した。本判決は、そのことを、同条但書は強行規定ではないとする見解の内容を要件論において一部援用し、それを、強行規定を前提とする従来の通説の内容を実質的に限定する（ないしは、より細分化している）という仕方 で成し遂げた。もともと、判例がその内容を援用する最近の学説の問題関心（価値判断）は、本判決において問題となるような事例においては直接解除を認めるべきであるとする点にあったのであり、そこから非強行規定性と要件論をいわばワンセットで論じていたのである。しかも、建て替えざるを得ないような場合の法的救済としては、建替え費



用相当額の賠償という途よりもむしろ解除そのものを認めるほうが明快かつ説得力のある処理であるとの指摘もなされていた。

また、民法第六三五条但書の非強行規定性を主張する前記諸見解からも看取されるように、より一般的には、いわば強行規定の半任意規定化という問題<sup>(40)</sup>をも、本件においては内包されていた。

以上のような観点からみた場合、本判決の論理をどのように評価し得るか。強行規定性自体についてはどうか。民法第六三五条但書との抵触を判断する基準（二要件）をどのように考えるかなどが、問題となる。

② 強行規定論 まず、本判決は、民法第六三五条但書の性格をどのような性質のものと考えているのか。強行規定と考えているのか否か。評者自身は、すでに脱法行為論において展開した議論からも明らかなごとく、本判決は、本条但書を依然として強行規定と解しているとの立場に立っている、と評価している。この点、本判決とは直接関連がないものの、この点をめぐる現在の法状況を認識するうえで参考となるのは、民事特別法として一九九九年（平成一一）年に制定された住宅品質確保促進法（以下、「品確法」と略す）の立法過程における議論である。

周知のごとく、同法第八七条では、住宅の新築工事の請負人の瑕疵担保責任の特例が規定されている。ここでは、民法第六三四条の瑕疵担保責任について一〇年間の担保責任を負うことが規定されているものの、解除に関しては何ら規定されていない。すなわち、民法の解除権に関する規定については、品確法において変更を加えなかった。その根拠につき、以下のような説明がなされている。<sup>(41)</sup>

この点に関し、上記に挙げた学説のように解除を肯定する見解をも視野に入れ、解除禁止の原則を否定することは一応は考慮された。しかしながら、①まさに立法過程当時においても、本件で問題となったような建替え費用相当額を肯定していた下級審裁判例なども出ており、解除を認めないことによる注文者の不利益が解消される傾向にある、そうすると、民法第六三五条但書の適用を柔軟に解釈してある程度実質的に解除を認めやすくすることは検

討すべきであるとしても、同条但書に規定されている解除禁止規定の原則を直ちに否定することまですべきかについてはなお問題がある。②仮に民法の解除禁止の原則を否定し、建物（仕事）の完成後においても解除を可能とする規定を置けば、品確法第八七条第二項の片面的強行規定の存在により、解除否定特約は無効となり、このことは、現在（立法当時）民法の解釈として通説が採用している解除特約無効という考え方（同条但書の強行規定性）とあまりにかけ離れたものとなり、相当ではない、と。

③ 要件論（適用範囲の限定？）以上のように、民法第六三五条但書の規定は依然として強行規定である、とする前提に立った場合において、それにもかかわらず、本判決において問題となったような、建築された建物に重大な瑕疵があり建て替えるしか瑕疵除去の方法がないとき、このような重大な瑕疵を理由として建築請負契約を解除することは可能であるのか。裏から言えば、かかる解除は、民法第六三五条但書に違反しないのか。

本判決の論理は、工作物（建物）に重大な瑕疵があった場合でも建て替えるほかない場合には、社会経済的損失の観点からしても、請負人の過酷性の観点からしても問題がないとして、同条但書の趣旨に反しないことを帰結した。しかし、かかる結論の前提には、そもそも民法第六三五条但書が適用される前提には工作物に重大な瑕疵が存在している場合であっても、なおその工作物には何らかの利用価値が存在するという認識が前提となっている。そうであれば、そもそも利用価値のない工作物は、民法第六三五条但書の適用の範囲外である、との解釈が可能となる。

別言すれば、民法第六三五条の解除が問題となる、工作物に重大な瑕疵が存在する場合には、その立法趣旨から、その瑕疵の存在によりなお利用価値のあるときと、もはや利用価値のないときとが存在する。そして、本条但書が適用されるのは、前者の場合に限定される。したがって、工作物に重大な瑕疵が存在しそのことにより利用価値がない場合は、そもそも民法第六三五条但書の関知するところではない。その場合はむしろ、民法第六三五条本

文により解除し得る、ということになる。そして、本件のような建替えによつてのみ瑕疵除去が可能である場合は、利用価値がない場合である。それゆえ、本件のような場合に解除が争われた場合には、解除が許容されうる、ということになり得るのである。

④ 以上のように考え得るとすれば、民法第六三五条但書の適用の有無においては、重大な瑕疵が存在する場合の利用価値の有無をいかなる基準により判断するか、ということが、重要な問題になる。この点で有益な基準となり得るのが、本判決にいう過酷性と社会経済的損失である。

もつとも、請負人の過酷性に関して言えば、ここでの論拠が、すでに分析した「履行責任応じた賠償責任」としていることから明らかたとおり、重大な瑕疵がある場合には、利用価値の有無を問わず「履行責任」が問題となつていえるのであるから、原則として請負人にとっては、過酷でないということにならう。その結果、この要件は利用価値の有無の基準にとつては有益なものとはならないのではないか。そうすると、結局、利用価値の有無は、社会経済的に大きな損失をもたらすか否か（公序と言えよう）という点と実質的に重なることになるであろう。

⑤ 小括 以上のことは、強行規定の非強行規定化という観点からすれば、それは、このことが一挙に成し遂げられたのではなく、同条但書の限定という手法により、その要請に一步近づいたと評価し得るであろう。

(2) 建替え費用相当額から居住利益を控除することの法的根拠

① 問題の所在 本判決においては、解釈論上、「建替え費用相当額の損害賠償」を前提として議論がされている。しかし、原審において、建替え費用相当額として三八三〇万二五六〇円を認める一方、「当事者の衡平」の見地から、Xの居住利益六〇〇万円を控除して損害賠償が命じられているように、現実に肯定されている「建替え費

用相当額」は、文字通りの建替え費用相当額ではなく、ここから居住利益が控除されたものがその対象となっている。そこで、この点を考慮するならば、厳密には、「建替え費用相当額の損害賠償」の実態には相応しくないものとなっている。本判例の一般論のみに着目すると見出されない問題であり、本判決の射程外とも言えるが、この点をどのように評価するかは、理論的にも重要な問題である。<sup>(42)</sup>

<sup>(43)</sup>② 従来の下級審の裁判例 この点は、最近の下級審の裁判例においてもこれと類似の判断をするものが散見される。もつとも、そこでは、請負人の責任を不法行為構成により肯定し、再施工費用から、一二年余りないし九年経過していることによる損耗減価分を控除したものである。その根拠は、前者の場合によれば、再施工による修補がなされれば、耐用年数の伸長した建物等を取得することになり、それは損害の公平な分担の見地からは認できない、というものであった。

また、上記二例のうちの九年経過している後者の事例においては、本件と同じく「九年間の居住利益の控除」も問題とされた。しかし、この点については、本件の原審の場合と異なり、「原告らの居住は本件建物の所有権に基づくものである」として、控除を否定している。

③ まず、損耗減価分を、損害の公平な分担の見地から控除するという点は、この責任が不法行為責任構成で追及されていることからしても、確かに一見合理性を有するようにも思われる。しかし、観点を変え、品確法が新築住宅に関して一〇年の担保責任を肯定している見地をこの点に加味するならば、はたして当然に、当事者の公平を言うのみで損耗減価分の控除を正当化しうるか。しかも、より本質的には、本判決のように、建替え費用相当額の損害賠償は「履行責任に应じる」ものであるとの見地を勘案すれば、これらの判断は、再考されねばならないといわざるを得ない。

④ つぎに、問題となるのが、「居住利益の控除」についてである。これに関しては、先に指摘した判例が否定

しているごとく、これは本件建物の所有権にもとづくものであることを理由として否定するほうが、理論的である。ひるがえって、請負契約は、請負人の報酬請求権と仕事の完成（結果）とが対価関係に立つ双務有償契約であり、しかも、本判決が述べるように、建替え費用相当額の損害賠償責任が履行責任に応じたそれであること、さらには、仕事の「完成」をもって報酬請求権を獲得する請負人は、何故に「完成」後に、注文者の所有に属することとなり、いわば所有権の行使としての建物の使用について考慮されねばならないかは、理論的に問題である。この場合に、単なる公平論で居住利益を控除することは、損耗減価分の場合にも増して問題であると言わざるを得ない。

(1) この点については、以下にみるように本判決は直接応えていない。しかし、「民法六三四条但書」（正確には民法第六三四条第一項但書）が修補に過分の費用を要する場合に瑕疵修補請求を否定しているのは、その瑕疵が「重要でない」という要件が必要とされている。本件のような重要な瑕疵が前提となっている場合には、六三四条一項但書は直接には適用されない。この点で、この上告理由は失当であるといわざるを得ないであろう。最高裁がこの点について応えていないのは適切である。

(2) 本判決を評釈したものとして、以下のものがある。古積健三郎「建築請負契約における建替え費用相当額の損害賠償請求の可否」法学セミナー五八〇号一二二頁（二〇〇三年）、花立文子「請負契約における建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求と民法六三五条ただし書の趣旨との関係」法学教室二七二号一〇六頁（二〇〇三年）、半田吉信「建築請負の仕事の目的物である建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替へざるを得ない場合に注文者が請負人に対し建物の建て替えに要する費用相当額の損害賠償を請求することの可否」判例評論五三三三号（判例時報一八一八号）一八九頁（二〇〇三年）、笠井修「建築請負建物の重大な瑕疵と建替え費用相当額の損害賠償請求の可否」NBL七六四号二二五頁（二〇〇三年）、杉本好央「建物に重大な瑕疵がある場合における建て替え費用相当額の倍償の可否」東京都立大学法学会雑誌四四卷一号四五二頁（二〇〇三年）。なお、判例の概観等で本判決に触れるものとして、安永正昭「民法判例の動き」『ジュリスト平成14年度重要判例解説』五一（五三）頁（二〇〇三年）、池田真朗「民法判例レビュー81——契約」判例タイムズ二二二〇号四六頁（五〇頁）（二〇〇三年）、吉田克巳「民法判例レビュー81——不動産」判例

タイムズ一〇二〇号五七頁(五八頁)(二〇〇三年)がある。

- (3) 我妻栄『債権各論中巻二(民法講義V)』六三二頁(なお六三七頁も)(岩波書店、一九六二年)は、「履行利益(瑕疵があることから生ずる全損害)の賠償と解するのを正当とする」根拠として、「請負では、仕事を完成すること、すなわち瑕疵のない完全な仕事をするのが請負人の債務の内容なのだから、その責任は瑕疵によって生ずるすべての損害の賠償に及ぶとするのが妥当だと考えられるからである。」としていた。

- (4) 代表的なものであり、下級審の裁判例もこの論文を意識して判決理由を述べているかの如くであると評された(潮見佳男『契約規範の構造と展開』二四三頁(有斐閣、一九九一年) 後藤勇「最近の裁判例からみた請負に関する諸問題」判例タイムズ三六五号五三頁(一九七八年)、同「請負建築物に瑕疵がある場合の損害賠償の範囲」判例タイムズ七二五号四頁(一九九〇年)。後に、同「請負に関する実務上の諸問題」五四頁以下(七七頁以下)(判例タイムズ社、一九九四年)。なお、下級審判例における、建替え費用相当額を肯定した判例、否定した判例に関しては、拙稿「注文者の新規製作請求権に関する一考察(一)」法学論叢一四一卷五号五五頁(六〇頁の注⑭)(一九九七年)を参照されたい。

- (5) 後藤・前掲注(4)が、建替え費用相当額を損害賠償の範囲外とする論拠として挙げたものである。

- (6) 後藤・前掲注(4)が、建替え費用相当額を損害賠償の範囲外とする論拠として挙げたものである。

- (7) この点に関しては、花立・前掲注(2)も参照されたい。

- (8) 篠塚昭次『不動産法の常識(上) 第三版(改訂版)』二五二頁(日本評論社、一九七四年)。

- (9) 青野博之「建築請負における担保責任と損害賠償」法律時報六一巻九号一〇六頁(一九八九年)。

- (10) これに対し、「現有建物取り壊し費用」は「後続損害」であり、「債務不履行の一般原則に従い、その賠償に請負人の過失を要する」とする。

- (11) 潮見佳男『契約規範の構造と展開』二五〇頁〜二五二頁(有斐閣、一九九一年)。

- (12) たとえば、後藤・前掲注(4)が、建替え費用相当額を損害賠償の範囲外とする論拠として挙げたものである。

- (13) 高橋弘「瑕疵担保——建築家の責任をも加味して」法律時報四二巻九号三八頁(一九七〇年)。この見解に同意する代表的なものとして、池田恒男「民法判例レビュー(不動産)」判例タイムズ三五頁(四三頁)(一九九二年)、遠藤浩編『基本法コンメンタール 債権各論I(契約)』一八六頁(中井美雄)(日本評論社、一九九五年)。

- (14) 岡孝「民法判例レビュー(契約)」判例タイムズ六九八号二頁(一九八九年)。この見解に同意する代表的なものとして

して、池田恒男「民法判例レビュー」(不動産)判例タイムズ七九四号三五頁(四一頁、四三頁)(一九九二年)、花立文子「建築請負契約における瑕疵担保責任——注文者の解除制限規定を中心にして——」森泉章他編『続現代民法学の基本問題』二七三頁(第一法規、一九九三年)。花立論文は、起草過程およびその後の判例・学説のフォローをおこないい、そこから通説化している民法第六三五条但書強行規定説に疑問を呈し、解釈論として同条但書の制限的解釈適用を主張する。すなわち、「注文者にとっては契約の目的を達するものとはいえないが客観的にみて建物としての価値(使用上の安全性が保持される等)を有する場合に限定すべきであり、一旦取り壊して建て直す必要があるような、客観的にみて重大な瑕疵がありそれ故に使用上問題がある場合はその適用範囲外にあると解すべき」であると。

- (15) 山口康夫「住宅建設における消費者法の課題——紛争の現状とその法的処理を中心として——」私法五五号一九七頁(一九九三年)。内山尚三・山口康夫「住宅建築と消費者」加藤一郎・竹内昭夫編『消費者法講座第六巻』(日本評論社、一九九九年)初出、後に、内山尚三「現代建設請負契約法(増補版)」二五四頁(一九九二年)(一粒社、一九九九年)。なお、この見解は、民法第六三四条を根拠とすることが妥当でないことの論拠として、「その実用法学的意義は別としても、『修補』の観念を超えて」いることを挙げる。

- (16) 拙稿「注文者の新規製作請求権の一考察——ドイツの判例・学説を手掛かりとして——」(一)(二・完)『法学論叢』一四巻五号五五頁(一九九七年)。同「一四三巻三三七八頁(一九九八年)、同「注文者の瑕疵修補請求権の構成」奈良法学会雑誌一一巻四号一頁(一九九九年)、同「注文者の瑕疵修補請求権について」私法六二号一七三頁(二〇〇〇年)。これに同意するものとして、松本克美「欠陥住宅と建築者・不動産業者の責任」内田勝一・浦川道太郎・鎌田薫編『現代の都市と土地私法』三〇二頁(三〇七頁)有斐閣、二〇〇一年、古積・前掲注(2)。

- (17) 花立文子「近時の裁判例における建築関係者の瑕疵責任」『流通経済大学法学部開校記念論文集』二三三頁(二〇〇二年)は、裁判実務の法状況につき、「建築物の瑕疵損害の賠償範囲が限定的すぎることから、実務上請負契約に基づく責任の他、主位的または予備的に不法行為責任を追及する例が多い」(二四五頁)ものの、建築物の瑕疵を理由に瑕疵担保責任の主張のみに限定されることもあるとの認識とともに、不法行為構成の場合であっても「交換価値説ないし差額説による損害回復の困難性、解除制限及び実態上の修補等、建築の実態にあわない」ことから、実務上「契約の解除、瑕疵担保責任、債務不履行責任、及び不法行為責任等すべてを主張し、いずれを根拠として損害を認めるかの結論を裁判所に任せている状況にある」(二四八頁)と評価をしている。

また、拙稿「製造物の瑕疵に対する不法行為責任（一）（二・未完）」奈良法学会雑誌二三卷三・四号七九頁（二〇〇一年）、同一四卷一・二頁（二〇〇一年）は、「民法典があらかじめ買主もしくは注文者の法的救済方法を規定しているにもかかわらず、それらに加えて法律行為構成を援用しようとする実践的意図は」「売買法や請負法という契約法の分野において展開されてきた種々の解釈論が、とりわけ住宅建築（産業）の実態を前にして、買主や注文者側が援用し得る程度に十分な成熟と定着をみていないこと、『欠陥住宅』『手抜き工事』という言葉に象徴される如く、その社会的非難性をより直截に問題とすべきであるとの価値判断が存在したこと、瑕疵担保責任を追及するためには除斥期間が経過していること、といった諸点があったものと推測」しつつ、不法行為構成を問題とした下級審裁判例を網羅的に紹介している。

(18) 於保不二雄『債権総論【新版】』九八頁（注（二七））（有斐閣、一九七二年）。

(19) 潮見・前掲注（11）二五〇頁。

(20) 潮見・前掲（11）二五二頁。なお、この点に関しては、池田恒男・前掲注（14）により、住宅建築事例の場合に交換価値差額説によって損害賠償額を決定することの問題性が次のように指摘されていたことも、看過すべきではない。すなわち、交換価値差額説は、「注文主がどうしてもその瑕疵に耐えられなければ、その建物売って得た対価に請負人から獲得した損害賠償額を加えて新しく住宅を取得すれば、当該請負契約によって取得できるはずであった住宅と同価値の住宅を手に入れることができるはずである、という前提によって成り立っている。さもなければ、損害賠償法における差額説の基礎が崩れ、等価交換維持関係は破れ、最も基本的な契約正義の原則が損なわれるからである。しかし、この仮説はこと欠陥住宅の問題に関しては現代社会において極めて非現実的である。まず、住宅という個人的嗜好の強く不合理な市場環境におかれ易い商品が裁判での鑑定通りの『客観的』価格で売れると仮定しても、取引費用の問題等を等閑視している。第二に、より根本的な問題として特に強調したいことは、この仮説は個人の住生活の問題を建物の交換価値すなわち商品としての価値を基準に処理しようとしていることである。住宅は、近年耐久消費財化が進行したとはいえ、普通の個人にとってはライフスタイルに合わせて自在に交換できるものではなく、また一概にそれを理想ともいえない社会意識がある。その点で、住宅は土地と違って労働生産物ではあるが、工業製品のようなわけにいかない商品である。しかも、このような住宅の社会的性格は一般的にいえば建売住宅よりも注文建築住宅の方が顕著であろう。欠陥住宅による損害をその交換価値に即して把握することが妥当な場合とは、普通は注文主が建売業者等であって転売を目



的として住宅建築を請け負わせたような商事的なケースに限られるのではないか。」と。

(21) 我妻・前掲(3)六三八頁。

(22) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』六九九頁(明法堂、一八九七年)。

(23) この点が最高裁レベルで正面から争われた事例はない(あるいは当然と考えていたのかもしれない)が、以下の判例はすべて修補費用をもって損害賠償額とする原審の判断を前提とするものである。

①最判昭和三十六年七月七日民集一五卷七号一八〇〇頁(ここでは、「請負契約における仕事の目的物の瑕疵につき、請負人に対し修補を請求したがこれに応じないので、修補に代る損害賠償を請求する場合においては、右修補請求の時を基準として損害の額を算定するのが相当である」とするものであり、そこでの損害額は修補請求当時を基準として計算した修補費用が前提とされていた)。

②最判昭和五十一年三月四日民集三〇卷二四八頁(これは、瑕疵の修補に代わる損害賠償請求権と報酬債権とが民法第六三七条所定の期間の経過前に相殺適状に達していた場合には、同法第五〇八条の類推適用により、右期間経過後にも損害賠償請求権を自働債権として報酬債権と相殺することができるとしたものであるが、ここでは、原審において、本(教科書)の表紙印刷と製本に関する請負契約が締結され、その後納品された一部に不良品があったことで注文者が蒙った損害として、表紙印刷と製本代およびその余の部分の原価がそれに該当することが原審で認定され、これと同額の損害賠償請求権を取得したとされていたことが前提となっていた)。

③最判昭和五十四年三月二〇日判例時報九二七号一八六頁(ここでは、注文者が請負人の瑕疵修補を請求することなく、別の業者に瑕疵を修補させその費用を民法第六三四条第二項で請求した事案で、最高裁は、仕事の目的物に瑕疵がある場合には、注文者は、瑕疵の修補が可能なきときであっても、修補を請求することなく直ちに修補に代わる損害の賠償を請求することができる、としたもの。ここでも、修補費用が損害賠償額の基礎となっている)。

④最判平成九年二月一四日民集五一卷二二三七頁(ここでは、請負契約の目的物に瑕疵がある場合、注文者は、信義則に反する場合を除き、請負人から瑕疵の修補に代わる損害の賠償を受けるまでは、報酬全額の支払いを拒むことができ、これについて履行遅滞の責任を負わない、とするもので、新築家屋に瑕疵が存在した場合の修補費用に関する当事者間の交渉の決裂が原因で訴訟になっているが、その際の損害額は前記の修補費用が前提となっていた)。

なお、下級審判決については、ここでは一々列挙しないが、修補費用を中核として損害額が算定されていることは言

うまでもない。

(24) 学説(後藤・前掲注(4)、潮見・前掲注(11))もまた、修補可能な場合における修補に代わる損害賠償の算定方法については、修補費用が基準となることは認めていた。

(25) 以下の整理は、森田宏樹「請負の瑕疵修補に代わる損害賠償債権と報酬全額支払との同時履行関係」『平成九年度重要判例解説』ジュリスト一一三五号七九頁(一九九八年)の叙述に依拠している。

(26) 沖野眞巳「請負契約にいて目的物に瑕疵あるときの瑕疵修補に代わる損害賠償債権と報酬債権の間の同時履行関係の成否と範囲」法学教室二〇四号一三二頁(一九九七年)は、「瑕疵修補に代わる損害賠償債権はそれ自体可分ではあっても、その内容はまさに瑕疵修補であり仕事の完成である」とする。滝沢聿代「請負契約における注文者は、民法六三四条二項の損害賠償を受けるまでは報酬全額の支払いを拒むことができる」判例評論四六五号一八八頁(一九九七年)は、「請負契約において注文者に瑕疵の修補請求が認められるのは、請負代金との対価性故であり、注文者は完全な給付の履行を拒み、債務の本旨に従った履行があるまでは報酬の支払いを拒みうる」のであり、「民法六三四条一、二項に基づいて損害賠償請求がなされる場合は右の延長線上であるから、民法五三三条準用の趣旨は、結局請負人の代金請求に対し注文者に完全な履行請求権を保証するところにあると解される」とする。住田英穂「請負契約における瑕疵修補に代わる損害賠償請求権と報酬債権の同時履行の関係の範囲」ジュリスト一二三三九五頁(一九九七年)は、「修補費用の賠償は、交換価値の差額の賠償とは区別された原状回復的請求である」、「修補費用の賠償は、実質的には代替執行に準ずる機能を果たしている」とする。

(27) 沖野・前掲注(26)。

(28) 両者の捕らえ方の違いは、民法上は特に時効期間、除斥期間の適用の差異となって現れる。もともと、品確法により、一〇年の担保責任期間が肯定されたことから、この点については実際上の差異はほとんどないと言ってよい。

(29) この点は、上告申立て理由が、民法第六三四条、同第六三五条但書を援用して、「瑕疵修補が請求できない場合の損害賠償の額は、目的物に瑕疵があるためにそのものの客観的価値が減少したことによる損害をもって基準とすべきである。」点を否定していることから、推測され得るであろう。また、古積・前掲注(2)が「契約の履行責任に応じた損害賠償責任」という命題からは、最終的には建替え請求自体も認められる可能性が十分ある。」と述べるのも、本文と同旨であろう。

(30) 花立・前掲注(2)も、六三五条但書の「例外的適用について直接的に取り上げた裁判例は管見しえた範囲で見当たらなかった」という。

(31) すでに指摘したように、上告申立て理由中、民法第六三四条第一項但書については何らの言及がないのと対照的である。

(32) 於保不二雄『民法総則講義』一七三頁(有信堂、一九五一年)、我妻栄『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』二六七頁(岩波書店、一九六五年)、川島武宣『民法総則』二二七頁有斐閣、一九六五年、四宮和夫『能見義久『民法総則第五版』二二八頁(弘文堂、一九九九年)、星野英一『民法概論Ⅰ(序論・総則)』一八六頁(良書普及会、一九七一年)、内田貴『民法Ⅰ(第2版)補訂版(総則・物権総論)』二七二頁(東京大学出版会、二〇〇〇年)、山本敬三『民法講義Ⅰ総則』二二九頁(有斐閣、二〇〇一年)、加藤雅信『新民法体系Ⅰ民法総則』二二四頁(二〇〇二年)。なお、脱法行為論の、より深い議論とその展開については、米倉明『法律行為(一三)』(二六)法学教室五六号七八頁(八七頁)、同五九号三〇頁(三三頁まで)(一九八五年)および大村敦志『契約法から消費者法へ』一二九頁(東京大学出版会、一九九九年)、初出『脱法行為』と強行規定の適用(上)(下)』ジュリスト九八七、九八八号(一九九一年)。

(33) 恩給担保に関する判例としては、大判大正六年二月二日民録二二〇七九頁、大判昭和五年一月一日法律新聞三一八八号七頁、大判昭和七年三月二五日大民集二二卷四六四頁、大判昭和七年三月二九日大民集二二卷五一三頁、大判昭和七年二月二〇日法律新聞三五二二号一四頁、大判昭和九年八月三日法律新聞三七八九号一六頁、大判昭和九年九月三日法律新聞四〇三八号九頁、大判昭和九年九月一七日法律新聞四〇三八号一五頁、大判昭和十二年一月二日大民集一六卷一五七七頁、大判昭和十六年八月二六日大民集二〇卷一〇八頁、最判昭和三〇年一月二七日民集九卷一〇号一七二〇頁などがある。ここでは、「恩給法」一条の精神に反し、「恩給法の趣旨に反し」、「恩給法」一条に抵触し」などの表現が用いられている。譲渡担保に関する判例としては、大判大正三年七月七日刑録二〇輯一四三頁、大判大正三年一月二日民録二〇輯八六五頁、大判大正五年九月二〇日民録二二輯一八二六頁、大判大正六年一月一五日民録二三輯一七八〇頁、大判大正八年七月九日民録二五輯一三七三頁、大判昭和二年二月二四日法律新聞二八八号一四頁、大判昭和一〇年一月二七日法学五卷六四二頁、大判昭和十八年三月二六日法学二二卷七八三頁などがある。

(34) 脱法行為の定義として前記注(32)に挙げた学説のうち、脱法行為を「法律行為」とするものは、川島、星野である。

そこでこの場合には、本判決のような行為に関しては、脱法行為の類推ということになるか。

- (35) 我妻・前掲注(32)二六九頁。なお、四宮・能見・前掲注(32)二二九頁。川島・前掲注(32)は、「脱法行為は、社会における実際上の需要が法の命令に対して抵抗する現象である」としていた。

- (36) 我妻・前掲注(32)二六八頁、

- (37) もっとも、川島・前掲注(32)は、「裁判所は法律外の事実の力に譲歩してこれを無効としない場合がある」としていた。これに対しては、米倉・前掲(32)は、「法律外の事実の力、実際上の必要に譲歩するかしないかを、何を基準として決めるのであろうか」と問い、それは、「諸ファクターの比較衡量による決断である。もつと具体的にいうと、問題の行為を有効(無効)と解することによって、だれのどのような利益が保護されるか(保護されないか)、現在の社会・経済状態にかんがみて、行為者がめざしている結果の実現を許すことが妥当なのかどうか、結果実現に対する需要は法律の眼からみてみだされるべきものかどうか、等々を慎重に吟味して、最終的に決断を下すことになる」としていた。

- (38) 適用範囲を限定する、ということに関しては、米倉・前掲注(32)(法教五八号三二頁)が参考となる。「動産譲渡担保に対する需要(経済取引の需要といつてよいだろう)には切なるものがあり(とくに中小企業はこれを認められないのでは日々の事業がやっつけいけない)、法律としては本来なら制度を整備して、この需要に応じてしかるべきなのである。そうだとすれば、答えはもはや明らかである。すなわち、動産譲渡担保は有効視されねばならない。問題は第三四五条および第三四九条との関係である。」「両条は強行規定ではある。」「手段重視規定であつて、担保の手段として質権を用いる場合には適用されるが、それ以外の手段を用いて担保の実を挙げる場合には——非占有担保になろうと、法律のきめた手続をとらないで担保を実行しようとする——適用されない」と。

- (39) 前掲・注(2)にあげた吉田克巳教授の判例レビューでの、判旨の「論理は説得的であり、結論も妥当である」との評価につき、評者は本文のように解することにより、吉田教授と同様な評価に達する。

- (40) 大村敦志「強行法規違反の法律行為」星野英一・平井宜雄・能見義久編『民法判例百選Ⅰ総則・物権』【第五版】三八頁(二〇〇一年)は、この点について次のように述べている。「最近では、ある規定が任意規定であると解されるとしても、合理的な理由なしにその内容を変更することは許されないという考え方(任意規定の半強行規定化と呼ばれる)が説かれているが、本件が提起するのは、これと対をなす問題、すなわち、ある規定が強行規定であると解されるとしても、合理的な理由があればその内容に変更を加えることが許されるという考え方(強行規定の半任意規定化と呼びう

る)をすることができないかという問題である。」と。さらに、大村敦志『契約法から消費者法へ』一六三頁以下(第二章第二節取引と公序。特に、二〇一頁、二〇三頁)(一九九九年)。なお、拙稿「注文者の瑕疵修補請求権の構成——建物の新規製作(建替え)請求権を契機として——」奈良法学会雑誌一一巻四号一頁(六四頁)(一九九九年)。

(41) 伊藤滋夫編著『逐条解説住宅品質確保促進法』二三九頁(有斐閣、一九九九年)。

(42) 同じくこの点を問題にするものとして、杉本・前掲注(2)四六一頁および四六四頁以下の注(30)。

(43) 神戸地裁姫路支部判平成七年一月三〇日判例時報一五三二号九二頁(二年経過の事例)、大阪地判平成一〇年二月一八日欠陥住宅被害全国連絡会議編『消費者のための欠陥住宅判例』【第1集】八四頁(九年経過の事例)。これらに關しては、拙稿「製造物の瑕疵に關する不法行為責任(一)」奈良法学会雑誌一三巻三・四号七九頁(一一五頁、一二五頁)も参照されたい。

(二〇〇三年九月脱稿)

〔追記〕

脱稿後、松本克美「請負人の瑕疵担保責任に基づく欠陥住宅の建替え費用請求の可否」法律時報七五卷一〇号一〇一頁(二〇〇三年)に接した。

なお、第一審および第二審判決の入手について、株式会社判例タイムズ編集部(伏島和夫様)にご尽力をいただきました。ここに記して感謝する次第です。

